



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

גלעד ברנע*

1. רקע. 2. הכרעת הדין. א. דעת הרוב – פסק דינו של הנשיא אשר גרוניס. ב. דעת המיעוט – פסק דינם של השופטים ג'ובראן רובינשטיין. 3. הארות והערות על פסק הדין.

1. רקע

פסק הדין בפרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל¹ עסק והכריע בסוגיה חשובה ומהותית – האם החלטת ממשלת ישראל 442 (להלן: “החלטת הממשלה”) המסדירה את יצוא הגז הטבעי² ניתנה בסמכות או שמא נעשתה בחריגה מסמכות.

* עורך דין, מומחה למשפט חוקתי ומנהלי המקדיש חלק ניכר מעיסוקו המקצועי לסוגיות עקרוניות של המשפט הציבורי וניהול הליכים חוקתיים עקרוניים בסוגיות אלו בבית המשפט העליון, כדוגמת העתירה לביטול הפרטת בתי הסוהר (יחד עם עו"ד נוספים) – בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) והעתירה לביטול התשלום המפלה לאברכי כוללים – בג"ץ 4124/00 יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010).

ברצוני להודות לחברי עוה"ד מיקה קונר-קרטן ויצחק יערי שקראו את טיוטת המאמר והעירו הערותיהם המועילות.

¹ בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: “פרשת יצוא הגז”).

² החלטה 442 של הממשלה ה-33 “אימוץ עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל (דו"ח ועדת צמח)” (23.06.2013) www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2013/Pages/des442.aspx



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

הרקע לעתירה ולפסק הדין שניתן במסגרתה היה גילויי מאגרי גז בהיקף רב ומשמעותי בשנים האחרונות.³ על פי התחזיות לביקוש הצפוי לגז טבעי, מאגרים אלו כוללים עתודות גז טבעי המסוגלות לספק את צרכי המשק הישראלי לעשרות רבות של שנים.

בעלי זכות החזקה במאגרי הגז מעוניינים לממש את הפוטנציאל הכלכלי הגלום בהם בקצב מהיר ובמחיר הגבוה ביותר. לכן, בכוונתם היה לפעול למכירת חלק ניכר מעתודות הגז במסגרת יצואו למדינות אחרות. הערכתם היא כי בדרך זו יוכלו למכור כמות גדולה יותר (מן הכמות המסופקת לצרכי המשק בישראל) בפרק זמן נתון וכן, ככל הנראה, כי הגז המיוצא יימכר במחיר גבוה יותר מן המחיר שבו הוא נמכר לצרכנים בישראל.

המדינה נדרשה אם כן לשאלת הסדרת סוגיית יצוא הגז, שעיקרה הוא אם לאפשר יצוא גז ואם כן באיזה אופן, בעיקר בהתייחס לכמויות הגז שיש לשמור לשם צרכי השוק המקומי וליחס בין כמות הגז שתישמר לצורכי השוק המקומי לבין כמות הגז שתותר ליצוא.

לצורך כך הוקמה ומונתה הוועדה הבין-משרדית לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי (להלן – “ועדת צמח” או “הוועדה”). ועדת צמח מונתה ביום 2 באוקטובר 2011, בראשה עמד המנהל הכללי של משרד התשתיות הלאומיות, מר שאול צמח, וחבריה מנו שורת נושאי משרה בכירים מן השירות הציבורי.

ועדת צמח פעלה במשך כמה חודשים, במהלכם פרסמה טיוטה של עיקר מסקנותיה להערות הציבור, ערכה כמה שימועים, שבהם הופיעו בפניה ארגונים סביבתיים,

³ הגדולים מביניהם הם מאגר “תמר” (שהחל בהפקה מסחרית בתחילת אפריל 2013) ומאגר “לויתן”.



תאגידים פרטיים וגורמים נוספים מן הציבור, ובסיומם הגישה את הדין וחשבון הסופי שלה לממשלה ביום 29 באוגוסט 2012.⁴

ועדת צמח הגיעה למסקנה כי יצוא הגז הטבעי הוא חיוני לשם הבטחת המשך פעילות חיפוש ופיתוח מאגרי גז. כיוון שהוא מאפשר "במשק הישראלי שבו היקף הביקושים המקומיים מוגבל, ללא מתן אפשרות לבעלי הזכויות במאגרי הגז למוניטיזציה של חלק מהגז, לא תתקיים פעילות חיפוש ופיתוח בשנים הקרובות באופן הנדרש".⁵

מכאן הגיעה ועדת צמח למסקנה שלפיה היצוא הוא מרכיב חיוני ונדרש לשם מתן תמריץ למחפשי הגז והנפט – להמשיך בחיפוש ובפיתוח מאגרים שנתגלו.

בהתאם נדרשה הוועדה לשאלה מהי השיטה שבה יש להתיר את היצוא ומהן הכמויות שיש להתיר את יצואן. חשוב להדגיש כי הוועדה דנה והחליטה בתנאי אי-ודאות בהקשר של עתודות הגז הקיימות במאגרים שנתגלו.

הוועדה קבעה כי יש לשמור לטובת המשק הישראלי 450 מיליארד מטרים מעוקבים (BCM) של גז טבעי. הוועדה העריכה כי כמות זו מספיקה לשם מתן מענה לביקוש במשק לתקופה של 25 שנים, על בסיס תרחישים שונים שהוצגו בפניה. הוועדה הגדירה הערכה זו שלה כ"זהירה ביותר", והצביעה על כך שקיימת סבירות גבוהה לכך שהמדיניות המוצעת על ידה תבטיח את קיומן של עתודות גז לצורכי המשק הישראלי אף לפרק זמן ארוך מ-25 שנים. הוועדה הוסיפה והמליצה כי בחלוף 5 שנים מיום אימוץ המלצותיה, תיערך בחינה מחודשת באשר להערכות לגבי היקף הגז הטבעי הנחוץ למשק הישראלי. המלצות הוועדה היו המלצות רוב: אחת מחברות הוועדה, גב' אלונה שפר,

⁴ המלצות הוועדה הבינמשרדית לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל (ועדת צמח) 2012 צמח energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NGReportSep12.pdf (להלן: "דוח ועדת צמח").

⁵ שם, בעמ' 85; דיון זה מובא בפרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא אשר גרוניס.



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

המנהלת הכללית של המשרד להגנת הסביבה, סברה כי דוח הוועדה נערך על בסיס תשתית עובדתית קלוקלת ונקודות הנחה שגויות. היא סברה כי יש לדחות את ההכרעה בסוגיה לתקופה של 3 שנים לשם איסוף נתונים מדויקים. כמו כן סברה כי אם בכל זאת תתקבל החלטה עתה, הרי שאז, לטעמה יש לשמור לצורכי המשק הישראלי כמות גז טבעי בהיקף של 550 מיליארד מטרים מעוקבים (BCM).

הממשלה דנה בדוח ועדת צמח על בסיס הצעת החלטה שהציעה אימוץ מרבית המלצותיה, אך שינתה ההיקף שהוצע לשמור כעתודה למשק הישראלי ל-BCM 540. כן נכללו בהחלטת הממשלה הוראות הנוגעות לחובת ההספקה המזערית של כל מאגר, בהתייחס לגודלו.⁶ יחד עם הצעת ההחלטה הונחה בפני הממשלה חוות דעת משפטית קצרה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי), אשר עסקה בשאלה אם רשאית הממשלה בעצמה, במסגרת החלטת ממשלה, לאמץ את המלצות ועדת צמח, או שמא ניתן לאמץ את המלצות הוועדה אך ורק בדרך של חקיקה ראשית. חוות הדעת ציינה כי מבחינה עקרונית ראוי כי המלצות הוועדה תאומצנה בחקיקה ראשית, בהיותן “הסדר ראשוני”, אך הוסיפה וקבעה כי בנסיבות העניין אין מניעה משפטית לקבלת החלטה בנושא על ידי הממשלה. קביעה זו נסמכה על הדעה שלפיה סעיף 33(א) לחוק הנפט מסמיך את הממשלה לקבל החלטה המאמצת את המלצות הוועדה, קרי, לקבוע הסדר ראשוני. בחוות הדעת עמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) על הדחיפות הקיימת בקבלת ההחלטה.

בתאריך 23 ביוני 2013, אימצה הממשלה את שהוצע לה במסגרת הצעת החלטה זו (שמירת היקף של BCM 540 לצורכי המשק הישראלי), אשר על פי המוערך יספיק לתקופה של 29 שנים. החלטת הממשלה המאמצת את העקרונות שנקבעו בדוח צמח יצרה למעשה מצב שבו הגז הטבעי חולק לשני סוגים שונים: “גז ישראלי” – גז המיועד

⁶ ראו החלטת הממשלה, לעיל ה”ש 2 וכן הפירוט בפס’ 9 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בפרשת יצוא הגז, לעיל ה”ש 1.



לתצרוכת המקומית והוא אסור ביצוא, ו"גז ליצוא" – גז המיועד ליצוא. לחלוקה זו השלכות החורגות מן הנושאים שנדונו במסגרת פסק הדין. חלוקה זו יצרה שני מוצרים השונים גם כלכלית – הגז הישראלי שאסור ליצוא צריך להיבחן רק במשקפי השוק המקומי⁷ – שבו קיים נכון להיום מונופול מוכרז של מאגר "תמר"⁸.

כנגד החלטה הממשלה הוגשו 2 העתירות. האחת על ידי "המרכז האקדמי למשפט ולעסקים" וקבוצת ארגונים ציבוריים וחברי כנסת⁹ והשנייה על ידי "אדם טבע ודין" – אגודה ישראלית להגנת הסביבה והתנועה למען איכות השלטון בישראל.¹⁰

ביום 20 באוקטובר 2013 נתקיים דיון בעל פה בעתירות בפני הרכב מורחב של שבעה משופטי בית המשפט העליון.¹¹ הדיון נתקיים במתכונת מוסכמת שלפיה כאילו הוצא צו על תנאי.¹²

ביום 21 באוקטובר 2013, יום למחרת הדיון בפני ההרכב המורחב וניתן פסק דין, ללא נימוקים, הדוחה את העתירות.¹³ פסק הדין ניתן ברוב של חמישה משופטי ההרכב¹⁴ כנגד דעתם החולקת של שניים מהם.¹⁵ ביום 2 ביולי 2014 פורסמו נימוקי פסק הדין.¹⁶ את פסק הדין המרכזי של דעת הרוב כתב הנשיא גרוניס.

7 כפועל יוצא מכך, אין נפקות להשוואות שמבקשים לעשות לגבינו בנוגע לגז ליצוא או לגז אחר הנמכר באגן הים התיכון – באשר הוא אסור ליצוא.

8 הכרות הממונה על ההגבלים העסקיים בדבר קיום מונופולין: דלק קידוחים שותפות מוגבלת יחד עם אבנר חיפוי נפט וגז שותפות מוגבלת, Noble Energy Mediterranean Ltd, ישראל מקו נגב 2 שותפות מוגבלת ודור חיפוי גז שותפות מוגבלת, הכרזה מיום 13/11/2012, ניתנת לצפייה בכתובת www.antitrust.gov.il/subject/122/item/25986.aspx

9 בבג"ץ 4491/13 יוצגו העותרים על ידי עורכי הדין אפי מיכאלי, ערן צין ועופר סיטבון.
10 בבג"ץ 4593/13 יוצגו העותרים על ידי עורכות הדין דנה טבצ'ניק, עמית ברכה ומיקה קונר-קרטן.
11 הנשיא דן גרוניס, המשנה לנשיא מרים נאור והשופטים עדנה ארבל, אליקים רובינשטיין, סלים ג'ובראן, אסתר חיות ונעם סולברג.

12 על בסיס הסכמת המשיבים לאחר דיון קודם שנתקיים בתאריך 1 באוגוסט 2013.

13 פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 1, פסק הדין מיום ה-21.10.2013.

14 הנשיא אשר גרוניס, המשנה לנשיא מרים נאור והשופטים עדנה ארבל, אסתר חיות ונעם סולברג.
15 השופטים אליקים רובינשטיין וסלים ג'ובראן.



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

2. הכרעת הדין

השאלה המרכזית שהוצבה להכרעת בית המשפט הייתה אם החלטת ממשלת ישראל המסדירה את סוגיית יצוא הגז הטבעי נעשתה בסמכות או שמא היא לוקה בחוסר סמכות, שאז לגישת העותרים דינה בטלות.

המקור החוקי עליו נשענה הממשלה לקבלת החלטתה היה סעיף 33 לחוק הנפט, התשי"ב-1952.¹⁷ העותרים טענו כי הממשלה לא הייתה מוסמכת לקבל את ההחלטה, בהיותה הסדר ראשוני הטעון חקיקה ראשית. כן נטען, באחת מן העתירות, כי החלטת הממשלה נתקבלה על בסיס תשתית עובדתית רעועה וחסרה.

א. דעת הרוב – פסק דינו של הנשיא אשר גרוניס

הנשיא גרוניס הציב להכרעה בפסק דינו שתי סוגיות עיקריות: האחת, מהו היקף ותוכן ההסמכה הנדרשת לקביעת הסדר ראשוני שאינו פוגע בזכויות אדם על ידי הרשות המבצעת, והשנייה, האם הוראת סעיף 33 לחוק הנפט עונה למבחן שקבע – שלפיה במקרה של הסדר ראשוני שאינו פוגע בזכויות אדם – דרישת ההסמכה תהא מרוככת ותיבחן באופן לא קפדני. לצורך ההכרה הוא הניח כי הסדרת יצוא הגז הטבעי במסגרת החלטת הממשלה היא הסדר ראשוני.

¹⁶ ראו את הנימוקים לפרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 1.

¹⁷ סעיף 33 לחוק הנפט מורה כך "חובת הפקה לתצרוכת ישראל: 33(א) השר רשאי, לאחר התייעצות עם המועצה, לחייב בעלי חזקות לספק תחילה, במחיר השוק, מן הנפט שהם מפיקים בישראל וממוצרי הנפט שהפיקו ממנו, אותה כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל, לזקק אותה בישראל, במידה שיש להם אמצעי זיקוק, ולמכרה בישראל; ולשם כך רשאי הוא לחייב בעלי חזקות להפיק נפט מבארותיהם הקיימות בשיעור שיספיק למטרות האמורות, ואולם שום בעל חזקה לא יהא נדרש – (1) להפיק מבאר יותר משיעור התפוקה המקסימלי היעיל שלה; (2) לספק לכמות הכללית הנדרשת אחוז מתפוקתו שהוא גדול מן האחוז הנדרש מבעל חזקה אחר, אלא אם ראה השר לסטות מכלל זה, אם הדבר דרוש, לדעתו, מטעמים שבבטחון המדינה או כדי למנוע בזבוז או אי יושר כלפי בעל חזקה פלוני. (ב) "תצרוכת ישראל" כולל הספקת דלק לאניות בנמלי ישראל ולמטוסים בישראל".



בפסק דינו מנתח הנשיא גרוניס בהרחבה את כלל ההסדרים הראשוניים בהקשר של הסדר ראשוני שאינו פוגע בזכויות אדם¹⁸ ומגיע למסקנה כי באשר לדרישת ה"הסמכה המפורשת" בחקיקה – עת מדובר על הסדר ראשוני שאינו פוגע בזכויות אדם – הדרישה תהא מרוככת, ומוסיף וקובע כי ניתן לבחון את הדרישה "שלא באופן קפדני".¹⁹

את קביעה זו מבסס הנשיא גרוניס על שתי הנמקות: הראשונה, היות שההסדר הראשון הנבחן אינו פוגע בזכויות יסוד מוגנות ומשכך אין דרישה להסמכה מפורשת בחוק, והשנייה מתבססת על מסקנתו העובדתית שלפיה החלטת הממשלה בעניין יצוא הגז הטבעי אינה מיועדת להביא למיצוי מלא של משאב זה תוך שנים ספורות וממילא כנסת עתידית או ממשלה עתידית יוכלו לשקול ולשנות ההחלטה. העולה מן האמור הוא כי לגישתו ההחלטה היא בעלת אופי הפיך (כמובן, לגבי היתרות של המשאב שטרם נוצלו) ולכן ניתן ליישם לגביה מבחן מקל באשר לדרישת ההסמכה המפורשת.

הנשיא חוזר ומדגיש בפסק דינו את העובדה שלא מדובר בהסדר ראשוני הפוגע בזכויות אדם מוגנות, וכאמור, מבסס את המבחן שהציע לעניין דרך בחינת ההסדר – בעיקר על היבט זה.

לאחר מכן ניגש הנשיא לבחינת הוראות סעיף 33 לחוק הנפט, ומגיע למסקנה כי סעיף זה צולח את המבחן שטבע וכי הוא מאפשר לממשלה קביעת מדיניות כוללת לאסדרת יצוא הגז, מדיניות שתגשים את התכלית המרכזית של חוק הנפט. תכלית זו היא השאת הרווחה המצרפית לטובת המשק בכללותו. בנייתו נשען הנשיא גם על היחס לסעיף 34 לחוק הנפט,²⁰ אליו התייחסו הצדדים, ומגיע למסקנה שלפיה הוראה זו

¹⁸ פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 1, מציין הנשיא גרוניס פעמים רבות בחוות דעתו את העובדה שבמקרה זה לא נטען על ידי העותרים לפגיעה בזכויות אדם מוגנות.

¹⁹ שם, פס' 34 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.

²⁰ ס' 34 לחוק הנפט קובע כך "זכות לעסוק בנפט ובמוצריו: 34. בעל חזקה רשאי, בכפוף לתקנות, לייבא נפט ומוצרי נפט לישראל, ורשאי הוא לזקק נפט, בין שהופק בישראל ובין שהובא מחוצה לה, לעבד נפט ומוצרי נפט כאמור, להובילם, לייצאם ולסחור בהם; ולמטרות אלה רשאי הוא להקים מיתקנים ולעשות שאר סידורים הדרושים לכך".



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

מחזקת את המסקנה כי הממשלה הוסמכה על ידי הכנסת לקבוע הסדרים ראשוניים בנושא משק הגז הטבעי. לגישתו, הוראות סעיפים 33 ו-34 לחוק הנפט משלימות אחת את רעותה: סעיף 34 לחוק הנפט קובע זכות עקרונית של בעל החזקה לייצא גז ואילו סעיף 33 לחוק הנפט מסמיך את הגורמים האחראים על ביצוע החוק להבהיר ולהגדיר מהם היקפי הגז הנחוצים למשק הישראלי. לגישת הנשיא, גם בהיעדר קביעה כאמור, אין לבעל החזקה זכות בלתי-מוגבלת ליצוא.²¹

בשולי פסק דינו של הנשיא גרוניס עולה מעין טענת הגנה חדשה במשפט הציבורי, והיא הטענה שלפיה בידי העותרים (בעצמם או יחד עם אחרים) להביא לקידום המבוקש על ידם במסגרת חקיקה ראשית. הנשיא גרוניס נוגע בתופעה שחברי כנסת פונים תדיר לבית המשפט כ“עותרים ציבוריים” ומכנה אותה “מעוררת דאגה”. הנשיא גרוניס מוסיף ומציין כי במקרה זה הוצג מכתב של 60 חברי כנסת שקראו לראש הממשלה להביא את הסוגיה להכרעת הכנסת. הוא מסיים את התייחסותו באמירה שלפיה נראה כי העתירה הוגשה “כמהלך ‘משלים’ ליוזמת חקיקה פרטית”.²²

כאמור, שופטים נוספים הסכימו לחוות דעת הנשיא באשר לתוצאה – דחיית העתירה. אולם בחלק מן הסוגיות נחלקו הדעות. המשנה לנשיא, מרים נאור סברה כי בהיעדר הגבלה מכוח סעיף 33 לחוק הנפט הרי שעומדת לבעל החזקה זכות בלתי-מוגבלת ליצוא גז, זאת משום שסעיף 34 אינו מגביל אותה. לגישתה, ובשונה מגישת הנשיא, הפעלת סעיף 33 לחוק הנפט לא נועדה אך ורק כדי לידע את בעלי החזקה מהי הכמות המותרת ליצוא, אלא השימוש בסמכות לפי סעיף 33 לחוק הנפט נדרש לשם עצם הגבלת היצוא ותחימת היקפו.²³ לגישתה ולאור הפרשנות שנתנה לסעיפים 33 ו-34 לחוק הנפט, סוגיית ההסדרים הראשוניים מאבדת מחשיבותה.

21 פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 1, פס' 44 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.

22 שם, פס' 50 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.

23 שם, פס' 2 לחוות דעתה של המשנה לנשיא נאור.



ב. דעת המיעוט – פסק דינם של השופטים ג'ובראן ורובינשטיין

השופטים ג'ובראן ורובינשטיין סברו כי יש לקבל את העתירות ולקבוע כי החלטת הממשלה בטלה מאחר ונעשתה בחוסר סמכות.

השופט ג'ובראן מציג גישה שונה בתכלית לכלל ההסדרים הראשוניים מזו שמאמץ הנשיא גרוניס בשני: הראשון הוא דרך הפעלת כלל ההסדרים הראשוניים. לגישת השופט ג'ובראן הכלל אינו בעל אופי בינרי, ולכן גם אם המסקנה היא כי הממשלה הוסמכה על ידי הכנסת לקבוע הסדר ראשוני, עדיין יש לבחון את היקף ותוכן ההסמכה שהעניקה הכנסת לממשלה במקרה הרלוונטי, וזאת בשונה מגישת הנשיא שלפיה משהגענו למסקנה כי קיימת הסמכה כאמור לא נדרשת כל בחינה נוספת בגדרי כלל ההסדרים הראשוניים. ההיבט השני הוא מידת הקפדנות שיש לבחון בה את דרישת ההסמכה המפורשת. בעוד שהנשיא קובע כי במקרה שבו אין פגיעה בזכות יסוד הבחינה שתעשה לא תהא קפדנית, הרי שהשופט ג'ובראן מציע גישה מהותית ולפיה מידת הקפדנות נגזרת ממידת הראשוניות של ההסדר ולא דווקא מן השאלה האם גלומה בו פגיעה בזכויות וחירויות יסוד.

מחלוקת זו בין שופטי ההרכב, שקיבלה ביטוי ברור בעיקר בין חוות הדעת של הנשיא גרוניס והשופט ג'ובראן, יורדת לשורשו של כלל ההסדרים הראשוניים והיא בעלת משמעות שלא ניתן להפריז בחשיבותה.

השופט ג'ובראן כולל בפסק דינו אמירה מעניינת וחדשנית באשר לזכויות ולערכים מוגנים. השופט ג'ובראן מדבר על עקרון השקיפות בהליך החקיקה ובהליך המנהלי כתנאי יסודי לשם שיתוף הציבור בהליך הדמוקרטי.²⁴ הוא יוצק לתוכו תוכן ומבהיר כי השקיפות בהליך הפוליטי חיונית לשם מימוש השתתפות מושכלת של הציבור בהליכים אלו – השתתפות שתהיה מיוסדת על סמך מידע מלא והבנה אמיתית של הסוגיות

²⁴ שם, פס' 94 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

המובאות להכרעה. לאמירה זו ולמה שעומד ביסודה עשויות להיות השלכות עתידיות באשר למקרים אחרים שעשויים לבוא לפתחו של בית המשפט העליון. כך למשל השופט ג'ובראן קושר בין עיקרון זה לבין כלי התקשורת. מכאן, ניתן יהיה להבא לטעון כי מכוח עקרון השקיפות ניתן יהיה להגן על ניסיונות שונים לצמצום פעילותם של כלי התקשורת הפרטיים והציבוריים כאחד.

בפסק דינו, קובע השופט רובינשטיין באופן נחרץ כי סוגיית הסדרת יצוא הגז הטבעי היא הסדר ראשוני מובהק: “הסדר ראשוני ככל משפטו וחוקתו”.²⁵ הוא מוסיף וקובע כי כלל ההסדרים הראשוניים נובע מעקרון הפרדת הרשויות ולכן החזקה הפרשנית (הניתנת לסתירה) היא שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הממשלה עצמה לקבוע הסדרים ראשוניים. החוקה לגישתו ניתנת כמאור לסתירה – אך נדרשת לכך הסמכה מפורשת בחוק שצריכה להיות ברורה על פניה.²⁶

השופט רובינשטיין מעלה ומתייחס לשאלה חשובה שלא נבחנה לעומקה בפסיקה עד עתה – והיא הטענה כי זכות הקניין המוגנת חוקתית²⁷ מתפרשת וכוללת גם את זכות הקניין של הציבור. ולכן, ניתן היה לטעון במקרה זה כי מפאת העובדה שהגז הוא משאב ציבורי וכיוון שחלה פגיעה במשאב זה הרי שנפגעת זכות הקניין של הציבור כזכות יסוד מוגנת. במצב כזה, אף לגישת הנשיא גרוניס, יש לנקוט מבחן מחמיר וקפדני בשאלת ההסמכה לקביעת הסדר ראשוני. השופט רובינשטיין מציין כי הסוגיה עלתה בפסיקה²⁸ אך לא נתקבלה. על אף זאת הוא מדבר על הזכויות הללו כ”זכויות ציבור קולקטיביות”.

25 שם, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

26 שם, פס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

27 ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

28 בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2012). בשני פסקי הדין הדיון בעניין היה קצר ולא ממצה. יצוין כי הח"מ הוא שטען טענה זו בשני ההליכים האמורים. השווו למקרה שבו נתקבלה הטענה בדבר זכות קניין של הציבור: בר"ם 4443/03 עיריית חולון נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 17.7.2011).



השופט רובינשטיין מוסיף ומטיל ספק בפסק דינו באפשרות המעשית לבחינת ההסדר לאחר חלוף 5 שנים ולשנותו.²⁹ בניגוד לעמדתו של הנשיא גרוניס, הוא מוסיף ומסביר כי אף הממשלה תבקש לעשות כן, נקודת המוצא בכל דיון עתידי תהיה ההחלטה וההסדר הנוכחי, מה שיגביל אותה. לגישתו, ובניגוד לגישת הנשיא גרוניס, אף אם נניח שניתן לשנות את ההחלטה בעתיד – אין בכך כדי להביא לריכוך הדרישה בדבר הסמכה מפורשת.

3. הארות והערות על פסק הדין

פסק הדין מעורר שאלה ארוכה של סוגיות משפטיות הטעונות ליבון והתייחסות. לא לכולן אוכל להתייחס במסגרת יריעה קצרה זו.

סוגיה ראשונה העולה באופן מובהק מתוך ההליך עניינה הבעייתיות האינהרנטית הכרוכה בהכרעה בסוגיות מורכבות ועקרוניות תחת לחץ זמן. במקרה זה בית המשפט הכריע בתיק יום אחד לאחר שמיעת טיעוני הצדדים. הכרעה כזו היא חריגה ונדירה – ודאי עת שמדובר בתיק מורכב, עובדתית ומשפטית כאחד. נדמה כי ההכרעה תחת לחץ זמן לא תרמה לאיכות ההחלטה. שופטי ההרכב ראו את עצמם אנוסים להחליט בהחלטות – תחת הרושם והדרישה של המדינה – וכפועל יוצא קיבלו החלטה מרחיקת לכת כאשר ספק אם היה בידם די זמן לבחון ולשקול באופן המתחייב את כל הנדרש לשם כך. ברור גם כי ככלל, החלטות המתקבלות בנסיבות כאלו יוצרות מעצם טיבן יתרון למדינה הטוענת כי יש לדחות את העתירות על פני העותרים. הטעם לכך, בהכללה, הוא שקל יותר לדחות עתירה ולאשר את החלטת הרשות מאשר להתערב בהחלטה ולבטלה או לשנותה.

היבט נוסף הכרוך בהיבט זה הוא אופן הדיון בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, דרך דיונית שאינה מאפשרת בירור עובדות וליבון מחלוקות עובדתיות, בניגוד לראוי

²⁹ פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 1, פס' יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

ולמקובל בהליך משפטי אחר. מקרה זה ממחיש היטב כי מגבלה דיונית זו עלולה להקשות על הכרעה בעתירות, ובמקרים מסוימים לחרוץ את גורלן של עתירות לדחייה, רק מן הטעם שהעובדות לא התלבנו כראוי ושהרשות זכתה להגנת חזקת התקינות. במקרה נשוא פסק הדין עולה כי היבטים שונים הקשורים להפקת הגז הטבעי לא היו ברורים די צרכם, ואי-בירורם לא תרם להכרעה בהליך. כדוגמה ניתן להצביע על כך שנראה כי בית המשפט לא היה ער לכך שבשוק הגז הטבעי נערכים הסכמים ארוכי טווח לשנים רבות ומכאן ששינוי המצב לאחר 5 שנים – עלול להיות כרוך בהתערבות בהסכמים מעין אלו, על כל המשתמע מכך.

במחלוקת שנפלה בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט בשאלת תוכנו של כלל ההסדרים הראשוניים, יש כמה סוגיות הראויות להארה.

נקודה מרכזית היא בירור והבהרת המקור של כלל ההסדרים הראשוניים. שאלה זו לא זוכה למענה ברור מצד בית המשפט. אמנם יש התייחסות לעקרון הפרדת הרשויות, אך גם עיקרון זה עצמו לא זכה לכאורה לעיגון מפורש בחוקי היסוד. אני סבור כי עקרון הפרדת הרשויות נובע מעצם המבנה המשולש של המשטר בישראל: רשות מחוקקת-כנסת, רשות מבצעת-ממשלה ורשות שופטת-בתי המשפט. מבנה זה זכה לעיגון במסגרת 3 חוקי היסוד המבניים: חוק יסוד: הכנסת, חוק יסוד: הממשלה וחוק יסוד: השפיטה. בשניים מחוקים אלו – אף נקבעה מפורשות מהותה/תפקידה של הרשות הרלוונטית.³⁰

לסוגיה זו חשיבות מרכזית כיוון שהיא משליכה, בין היתר, על אופיו המהותי של עקרון ההסדרים הראשוניים. אם מדובר בעיקרון בעל מעמד חוקתי על-חוקי, המעוגן בחוקי היסוד – הרי שאז הוא יכול לגבור גם על הוראותיה של חקיקה ראשית. לעומת זאת, אם מדובר בעיקרון פרשני בלבד ללא “שיניים חוקתיות” הרי שבהתנגשות עם

³⁰ ס' 1 לחוק יסוד: הכנסת שכותרתו “המהות” קובע כי: “הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה..” וס' 1 לחוק יסוד: הממשלה שכותרתו “המהות” קובע כי: “הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה”. דרך מעט שונה נוקט סעיף 1 לחוק יסוד: השפיטה, שכותרתו “סמכות שפיטה” המונה את בתי המשפט וערכאות השיפוט האחרות הקיימות במדינה.



חקיקה ראשית נראה כי ידה של האחרונה תגבר. הנשיא גרוניס נוגע בשאלה זו באמרת אגב במסגרת פסק דינו³¹ ומביע את דעתו כי אין לכלל מעמד חוקתי.

ההכרעה בסוגיה זו תעורר שאלה נוספת הממתינה כבר זמן מה להכרעה שיפוטית והיא השאלה מהם המבחנים הנכונים להכרעה במצב של טענה לפגיעה חוקתית שאינה מיוסדת על פגיעה בזכות מוגנת במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק יסוד: חופש העיסוק. האם יש להחיל על פגיעה כזו את "פסקת ההגבלה השיפוטית" כפי שהוצע במקרים מסוימים בפסיקה³² או שמא יש לנקוט דרך אחרת, למשל גישה בינארית ואיסור *Per se*.³³

אכן, העותרים לא העלו טענה חוקתית נגד הוראות סעיף 33 לחוק הנפט אך נדמה כי במסגרת דיון כה נרחב שבו נחלקו הדעות, הייתה חייבת להיות נגיעה לאפיון מהותי של הכלל, האם בעל מעמד חוקתי הוא אם לאו. בית המשפט נמנע מלעשות כן והחמיץ הזדמנות מתאימה לליבון והכרעה בסוגיה, שמסתמא עוד תשוב לפתחו.

באשר לסוגיה שעמדה בלב המחלוקת בין גישתו של הנשיא גרוניס לשופט ג'ובראן, הרי שכאן עמדתי נוטה בכירור להעדפת גישתו המהותית של השופט ג'ובראן. גישה זו מתמקדת כאמור במהות ההסדר ולא בשאלה אם ההסדר פוגע בזכויות וחירויות יסוד מוגנות.

לכאורה, במבט ראשון, נדמה כי גישתו של הנשיא גרוניס, נכונה ומוצדקת הרי ההגנה על חריות וזכויות יסוד היא מלבת מהותה של מדינה דמוקרטית מודרנית. אולם,

³¹ פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 1, סעיפים 25-22 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. מעניין לציין כי דרך זו של הבעת עמדה באמרת אגב איננה אופיינית לכתובתו של הנשיא גרוניס שעל פי רוב עמדתו היא תכליתית וממוקדת ואף "חסכנית" במלל ונמנעת מגלישה מעבר לסוגיות הטעונות הכרעה.

³² ראו למשל בבג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003).

³³ ראו למשל Robert H. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, 74 YALE L.J. 775 (1965).



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

בחינה נוספת, תצביע על כך שהגנה על זכויות וחירויות יסוד – איננה מספקת, וכי המבחן הנכון הוא אחר.

מהותה של מדינה דמוקרטית מודרנית אינה מתמצה אך בהגנה על זכויות וחירויות יסוד. מדינה דמוקרטית מורכבת ממבנה שנועד להבטיח את תפקודה וקיומה. מבנה זה מיוסד על עקרון הפרדת הרשויות, עיקרון שראשיתו בייחוד של פונקציות מהותיות לכל אחת מרשויות המדינה והמשכו בהפרדה כאמור בין רשות לרשות. לכן, למשל, מקרה שבו הכנסת תחוקק חוק המבטל את הרשות המבצעת – ומעביר את מלוא סמכויותיה לרשות המחוקקת – אין בו כל פגיעה בזכות או חירות יסוד מוגנות, אך ברור וגלוי הוא כי הוא ממוטט לחלוטין את מבנה המשטר הדמוקרטי, משבש את ייחוד הסמכויות ולא יאפשר מערך הולם של “איזונים ובלמים”.

לכן, הגבלת כלל ההסדרים הראשוניים אך למצב של פגיעה בזכויות וחירויות יסוד, תחטיא את עצם תכליתו – אף לגישת הנשיא גרוניס (עקרון הפרדת הרשויות).

ניתן להצביע על שורה של נושאים בתחומים שונים שאף שאין בהם פגיעה בזכויות וחירויות יסוד, ברור כי עולה צורך למנוע את האפשרות להסדרתם הראשונית על ידי הממשלה. כך, למשל, הקביעה (בכל אחת מהסוגיות הבאות) מי מוסמך להכריז על פתיחת מלחמה, על שימוש באנרגיה אטומית, על פיתוח של אמצעי לחימה בלתי-קונוונציונליים, על קביעת שערי הריבית ושער החליפין והקמתם ופירוקם של כוחות מזוינים.

אלו רק דוגמאות הממחישות כי הדרך שבה נקט השופט ג'ובראן נכונה ורצויה – בחינה מהותית-תכנית של ההסדר להבדיל מבחינה צורנית או בחינה המוגבלת אך לפגיעה בזכויות וחירויות יסוד.

היבט מעניין נוסף ובמידה מסוימת מפתיע העולה מפסק הדין הוא העובדה שדווקא פסק דינו של הנשיא גרוניס מביא להחלשת מעמדה של הכנסת ביחס לממשלה, באשר הוא קובע גישה מקלה (“לא קפדנית”) ומאפשר בקלות יחסית קביעה בדבר העברה של הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (שאינם פוגעים בזכויות יסוד) מן הכנסת לממשלה.



התוצאה מפתיעה כיוון שעל פי רוב מקובל לראות בנשיא גרוניס שופט שמרן בגישתו – שופט הגורס ככלל כי יש להימנע מלהתערב בהחלטות הרשויות (הן של הממשלה והן של הכנסת). במקרה זה, גישתו תביא לתוצאה שמקלה בהעברת סמכויות לקביעת הסדרים ראשוניים מהכנסת לממשלה. התוצאה היא החלשה של הכנסת כמחוקק ביחסיה מול הממשלה.

טרם סיום אבקש להסתייג ולדחות את טענת ההגנה בדבר העולה מהצעתו של הנשיא גרוניס כי את המבוקש על ידי חברי הכנסת העותרים, ניתן ואפשר לחוקק בחקיקה ראשית.³⁴ טענה זו שמוצאת ביטוי בשולי פסק דינו של הנשיא גרוניס צופנת בחובה פגיעה והחלשה מהותית בהיקף הביקורת השיפוטית על מעשי הרשות המבצעת, שהרי מעתה, כך לכאורה, בכל עתירה ציבורית שלה שותפים חברי כנסת (או קשורים אליה), עשויה לעלות הטענה האמורה בדבר האפשרות להביא לחקיקה שתשיג את התוצאה הרצויה. טענה זו שגויה מעצם טיבה – באשר היא מפקיעה מן הרשות השופטת את סמכותה לפרש ולהכריע ומעבירה הכרעות שמעצם טיבן ומקומן בבית המשפט, לזירת המחוקק. יתרה מכך, עולות שאלות לא פשוטות דוגמת מהו המבחן הרלוונטי, מהי "לאפשרות לחוקק", האם נדרשת ודאות קרובה או שמא די באפשרות סבירה? מהו מספר חברי הכנסת הנדרש לשם העלאת הטענה? אכן, במקרה זה חתמו 60 מחברי הכנסת על המכתב אך ברור וגלוי כי יש הבדל של מהות והיתכנות בין מכתב לבין מעשה חקיקה ועוד כזה הנעשה כנגד עמדת הממשלה. נדמה שבעניין זה הנשיא גרוניס לא דק פורתא בהבחנות מהותיות אלו.

מילים אחרונות. אבקש להצביע על פרשה שמעוררת מחשבות – פרשת הפעלת מפעלי הפלדה בארצות-הברית מכוח צו נשיאותי בעת שביתה כדי להבטיח אספקת פלדה למאמץ המלחמה האמריקני בעת משבר קוריאה. באותו מקרה, נשיא ארצות-הברית, הארי טרומן, הוציא צו נשיאותי (Executive order) שהורה על תפיסת מפעלי

³⁴ פרשת יצוא הגז, לעיל ח"ש 1, סעיף 50 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.



“אור לגויים” – בעקבות פרשת יצוא הגז

הפלדה והפעלתם לשם אספקת פלדה לצבא ארצות-הברית. מהלך זה נתקף במסגרת הליך משפטי שהגיע עד לבית המשפט העליון של ארצות-הברית. בית המשפט העליון של ארצות-הברית הגיע למסקנה (בדעת רוב) כי נשיא ארצות-הברית פעל בחוסר סמכות,³⁵ בהיעדר מקור חוקי או חוקתי לפעולתו, ולא היסס להורות על ביטול הצו. מכאן ניתן ללמוד כי בית המשפט העליון של ארצות-הברית לא היסס להתערב בפעולת הרשות המבצעת (הנשיא) ולהורות על בטלותה – גם בנסיבות חמורות ביותר.

בית המשפט העליון צריך היה לפעול במסגרת חובתו הנגזרת ישירות מעקרונות הפרדת הרשויות. כרשות שופטת, מצווה עליה לשפוט ולהכריע. על הרשות להתוות קו גבול חד וברור יותר בתחום ההשקה שבין הממשלה כרשות המבצעת לבין הכנסת כרשות המחוקקת, ולמנוע את הסגת גבולה של הרשות המחוקקת – בנושא מהותי – קביעת הסדרים ראשוניים. גבול הקו שנתחם בפסק הדין של הרוב איננו ברור די צורכו ובעיקר יש בו הסגת גבולה של הרשות המחוקקת בתחום קביעתם של הסדרים ראשוניים המצויים בסמכותה הבלעדית.

נקווה כי התיקון בהקשר זה לא יאחר וכי תימנע “זליגה חקיקתית” אסורה ומסוכנת מן הכנסת לממשלה.

³⁵ Youngstown Co, v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).